

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

**GABRIEL COLVARA**

**A exceção de Romeu e Julieta: Uma análise sobre a compatibilidade do  
instituto norte americano com o ordenamento jurídico nacional.**

Florianópolis

2014

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**GABRIEL COLVARA**

**A exceção de Romeu e Julieta: Uma análise sobre a compatibilidade do  
instituto norte americano com o ordenamento jurídico nacional.**

Monografia submetida à Universidade  
Federal de Santa Catarina para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor Doutor  
Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis

2014

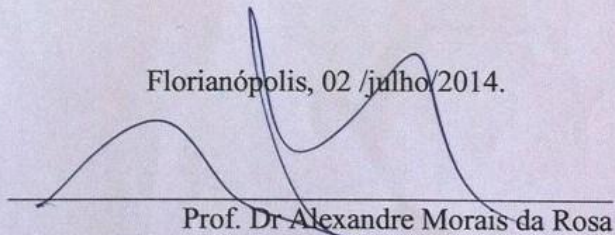


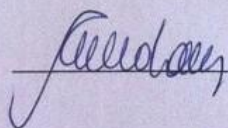
Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

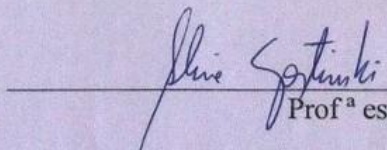
### TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, A exceção de Romeu e Julieta: Uma análise sobre a compatibilidade do instituto norte americano com o ordenamento jurídico nacional, elaborada pelo acadêmico Gabriel Colvara, defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9 (NOJE), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 02 /julho/2014.

  
Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa

  
Prof.ª Anna Faraco Lamy

  
Prof.ª esp. Aline Gostinski

## **Resumo**

Os fenômenos sociais vivenciados nas últimas décadas indicam que os adolescentes estão, a cada dia que passa, mais expostos a conteúdos ligados à sexualidade. A maturidade sexual nos dias atuais chega muito mais cedo do que na década de 40, período onde a legislação pátria definiu a idade de consentimento para as relações sexuais. O presente Trabalho busca estudar um instrumento processual da legislação estadunidense e avaliar a possibilidade de aplicação deste instituto no território nacional, pois tal ferramenta impede a imposição de medida sócio educativa ao adolescente que pratica sexo ou qualquer outro ato libidinoso com outro adolescente menor de 14 anos, situação que, segundo o Código Penal brasileiro, constitui o crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A), ensejando a aplicação de medida sócio-educativa aos adolescentes envolvidos no ato.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Exceção de Romeu e Julieta. Direito penal. Tipicidade conglobante. Teoria social da ação.

## Sumário

Sumário.....	5
Introdução .....	7
1 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	9
1.1 O Crime de estupro .....	9
1.1.1 Considerações preliminares .....	9
1.1.2 Fundamento constitucional.....	10
1.1.3 O Bem jurídico tutelado .....	10
1.1.4 Sujeitos do crime .....	11
1.1.5 A Conduta criminosa .....	12
1.1.6 A Diferença entre o crime de estupro e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.....	13
1.1.7 Estupro qualificado pelo resultado.....	14
1.1.8 Tipo subjetivo.....	14
1.1.9 Consumação e tentativa .....	14
1.1.10 Ação penal.....	15
1.1.11 Atentado violento ao pudor e estupro: possibilidade de crime continuado	16
1.2 O estupro de vulnerável .....	17
1.2.1 Considerações iniciais .....	17
1.2.2 A vulnerabilidade e a presunção de violência.....	19
1.3 O ato infracional e o estupro .....	22
1.3.1 A doutrina da proteção integral.....	22
1.3.2 A ultrapassada doutrina da situação irregular .....	23
1.3.3 O adolescente e o crime.....	27
1.3.4 Natureza jurídica do direito relacionado ao ato infracional .....	28
2 A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA.....	32
2.1 Diferenças fundamentais entre os sistemas da Common Law e Civil Law .....	32
2.2 Aproximações históricas .....	34
2.3 O modelo norte americano.....	35
2.4 Requisitos e pressupostos de aplicação .....	37
3 APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NO BRASIL.....	38

3.1	Sobre a possibilidade de aplicação do instituto no Brasil.....	38
3.1.1	O princípio constitucional da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. ....	38
3.1.2	A avaliação interdisciplinar e a utilidade da medida .....	39
3.1.3	A relevância da conduta sob a ótica da teoria social da ação .....	40
3.1.4	Janela de oportunidade – A remissão .....	42
3.1.5	Juiz da Infância e da Juventude. Homologação. Não Homologação.....	45
3.1.6	Homologação da remissão e alteração da medida proposta.....	46
3.1.7	A justa causa para oferecimento de representação.....	47
3.2	A razão que fulmina o processo – tipicidade conglobante .....	48
3.3	Requisitos e pressupostos para a aplicação da exceção no Brasil.....	50
3.3.1	Conceito de Exceção.....	50
3.3.2	Conceito de crime.....	51
3.3.3	Requisitos objetivos.....	52
3.3.4	Requisitos Subjetivos .....	52
3.3.5	Exemplo de aplicação no Brasil.....	52
3.3.6	Resultado da aplicação da exceção .....	58
	Conclusão .....	59
	Referências .....	60

## **Introdução**

A comunidade jurídica brasileira tem a difícil missão de procurar harmonizar os diversos diplomas legais que fazem parte do ordenamento jurídico nacional. O Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirado pela Constituição Federal, trouxe uma nova doutrina de tratamento para os seus tutelados que em muitos pontos colide com o Código Penal e com o Código de Processo Penal, sendo que estes últimos são anteriores a Carta Magna, ou seja, merecendo nova interpretação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata destes como pessoa em condição especial de desenvolvimento, merecendo um olhar cuidadoso e compreensivo da sociedade, principalmente no tocante aos potenciais desvios de conduta. Já o Código Penal trata o criminoso sexual de maneira enérgica, aplicando-lhe penas altas e a sociedade o pune paralelamente com o desprezo pela ofensa a um bem jurídico socialmente valorizado. Diante desse paradigma surge a situação do adolescente que é enquadrado em um tipo penal protetor da liberdade sexual, nesta situação todo cuidado é pouco, pois um erro pode significar a morte social de uma pessoa que está no início de sua vida em sociedade.

Este trabalho tem por finalidade analisar o instituto da exceção de Romeu e Julieta. Tal ferramenta está inserida em vários ordenamentos estrangeiros e a sua ausência na legislação nacional abre espaço para a discussão sobre a possibilidade de utilização deste mecanismo. A exceção em questão visa tratar de uma maneira mais racional a situação em que um adolescente menor de 14 anos se relaciona com outro adolescente. Teoricamente, no Brasil, ambos estariam praticando ato infracional de natureza hedionda.

Em alguns estados norte-americanos, por exemplo, a legislação expressamente prevê a exceção de Romeu e Julieta (Romeo and Juliet Law). Em Indiana, não há crime quando a diferença de idade entre os adolescentes for menor do que 4 anos.

O código penal brasileiro tipifica em seu artigo 217-A que a relação sexual ou qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos constitui crime de estupro de

incapaz.

O tipo penal em questão presume a violência quando estiver envolvida pessoa com menos de 14 anos. A doutrina divide-se ao classificar esta presunção como absoluta ou relativa. Analisar o instituto da exceção de Romeu e Julieta pode contribuir para dissolver esta divergência doutrinária e jurisprudencial.



# 1 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

## 1.1 O Crime de estupro

O crime de estupro está previsto no art. 213 do Código Penal:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

### 1.1.1 Considerações preliminares

A Lei n. 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal, que passou a tutelar a dignidade sexual, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros, suprimindo, de uma vez por todas, a superada terminologia “crimes contra os costumes”. Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, liberdade e personalidade do ser humano.

Como explica Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 61), encontramos na legislação da Roma Antiga leis que tratavam do ato sexual ilícito. A Lex Julia de *adulteris* (18 d.C.) procurava distinguir *adulterius* de *stuprum*, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Considerava-se estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, os romanos incluíam no conceito amplo do *crimen vis*, com a pena de morte.

Durante a Idade Média foi seguida a mesma tradição romana, aplicando-se ao estupro violento a pena capital. As conhecidas Ordenações Filipinas também puniam com pena de morte “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher”. Somente na legislação genuinamente brasileira houve uma atenuação na punição dessa infração penal.

Com efeito, o Código Penal de 1830 passou a punir o estupro violento com a pena de prisão de três a doze anos, acrescida da obrigação de adotar a ofendida. Já o Código Penal Republicano de 1890 atenuou ainda mais a punibilidade do estupro, cominando-lhe a pena de um a seis anos de prisão celular (arts. 269 e 268), além da constituição de um dote para a vítima.

O direito antigo, romano ou grego, não conheceu o denominado atentado violento ao pudor, segundo informações de historiadores e pesquisadores de direito penal. Na verdade, o direito romano o incluía na definição de stuprum ver vim, punindo-o como crimen vis. Na Idade Média foi considerado, em geral, como tentativa de estupro violento. O Código Penal francês de 1810 equiparava o estupro ao atentado violento ao pudor (art. 331). Essa disposição foi alterada por lei em 1832.

As Ordenações Filipinas puniam a sodomia e os toques desonestos e torpes, independente de serem praticados com ou sem violência. O Código Criminal de 1830 punia a ofensa pessoal para fim libidinoso que causasse dor ou mal corpóreo, mesmo que não tivesse havido cópula carnal (art. 223). O Código Penal de 1890, por sua vez, punia o atentado violento ao pudor com a pena de um a três anos de prisão celular (art. 226).

### **1.1.2 Fundamento constitucional**

De acordo com o art. 5º, II, da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal proteção decorre diretamente do princípio norteador da carta magna, a dignidade da pessoa humana.

### **1.1.3 O Bem jurídico tutelado**

Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 65), o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de

escolher livremente seus parceiros sexuais. Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente naqueles praticados sem o consentimento da vítima, o bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, na sua expressão mais elementar: a intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual; estas últimas assumem dimensão superior quando se trata da liberdade sexual, atingindo sua plenitude quando se cuida da inviolabilidade carnal, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge, que, a nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro.

Com as recentes alterações legislativas (lei 12.015/09), o tipo em questão tutela tanto o homem quanto a mulher. Em legislações anteriores a proteção normativa restringia-se ao sexo feminino, ao estabelecer no próprio tipo penal que a vítima deveria ser mulher, a referida alteração legislativa substituiu a palavra “mulher” por “alguém” no caput do artigo 213 do código penal.

#### **1.1.4 Sujeitos do crime**

Antes da Lei 12.015/09, ensinava a doutrina que o crime de estupro era bipróprio, exigindo condição especial dos dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). Agora, com a reforma, conclui-se que o delito é bicomum, isto é, qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal.

Se a vítima for menor de 14 anos, ou se, por enfermidade ou doença mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência, a conduta deverá ser tipificada no artigo 217-A (estupro de vulnerável).

Coautoria e participação em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive entre homens e mulheres em qualquer dos polos (ativo ou passivo). Amplia-se, naturalmente, o alcance do concurso eventual de pessoas.

### 1.1.5 A Conduta criminosa

Pune-se a prática do ato de libidinagem (conjunção carnal ou atos de libidinagem diversos), acompanhado de violência física ou moral.

O meio é a violência ou a grave ameaça. Cezar Roberto Bittencourt bem descreve a conduta criminosa:

A ação tipificada é constranger (forçar, compelir, obrigar) alguém (pessoa do sexo feminino), virgem ou não, menor ou maior, honesta ou prostituta, mediante violência (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*), à conjunção carnal (cópula vagínica). É questionável, na nossa ótica, pelo menos, que o homem não possa ser coagido ou forçado à conjunção carnal (introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal), no mínimo, por razões psicológicas! Esse aspecto, contudo, não impede que o homem possa ser vítima de constrangimento sexual praticado por mulher, apenas, quer-nos parecer, essa violência feminina caracterizaria a segunda figura, qual seja praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. A primeira figura — constranger à conjunção carnal —, era a única e a totalidade da definição do crime de estupro antes do advento da Lei n. 12.015/2009. Qualquer outra forma de coito, dito anormal, que antes constituiria atentado violento ao pudor, agora configurará somente a outra espécie de estupro (a 2ª figura). (César Roberto Bittencourt, 2011)

De acordo com a maioria da doutrina, não é necessário sequer contato físico com a vítima para que o crime seja consumado. O agressor pode praticar o ato libidinoso em contemplação para satisfazer a sua lascívia, desde que para tanto use de violência ou grave ameaça.

As mudanças contempladas pela Lei n. 12.015/2009, reunindo os antigos crimes de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), para unificá-los em um conceito mais abrangente de estupro, não têm o condão de alterar o significado do vocábulo conjunção carnal, que continua sendo a cópula vagínica, diversa de outros atos de libidinagem. Na realidade, a partir desse diploma legal, passamos a ter duas espécies distintas de estupro, quais sejam: a) constranger à conjunção carnal; b) constranger à prática de outro ato libidinoso. Essa reunião, contudo, de conceitos distintos — conjunção carnal ou atos libidinosos diversos — não tem força suficiente para fundi-los em uma entidade

unitária superior, com significado único. Assim, essa diversidade de sentido recomenda que se faça a análise individualizada de cada uma dessas figuras:

a) Constranger à conjunção carnal: A ação tipificada é constranger (forçar, compelir, obrigar) alguém (pessoa do sexo feminino), virgem ou não, menor ou maior, honesta ou prostituta, mediante violência (vis corporalis) ou grave ameaça (vis compulsiva), à conjunção carnal (cópula vagínica).

b) Constranger à prática de ato libidinoso diverso: Constranger tem o mesmo sentido do analisado em relação à conjunção carnal. A finalidade, no entanto, nesta segunda figura, é a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, como refere o atual texto legal, “ou outro ato libidinoso” (para diferenciá-lo da conjunção carnal). Esta segunda modalidade pode ser praticada de duas formas (praticar ou permitir). Na forma praticar é a própria vítima obrigada a realizar o ato, isto é, deve adotar uma posição ativa; na forma permitir, aquela é submetida à violência de forma passiva.

#### **1.1.6 A Diferença entre o crime de estupro e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor**

O crime de estupro integra o rol dos crimes hediondos, estabelecidos na lei 8.072/90. A repulsa social com o crime em questão é a justificativa para que o criminoso seja punido com mais severidade, contudo, dado ao conceito aberto de “ato libidinoso”, pode haver uma confusão entre o estupro e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. O princípio da proporcionalidade é fundamental na diagnose diferencial do crime e da contravenção em questão. O ato, quando desprovido de profunda ofensividade e praticado em local público, deve ser qualificado como contravenção penal.

### **1.1.7 Estupro qualificado pelo resultado**

Os parágrafos do art. 213 dispõem: se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos, a pena é de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos (§ 1º); se da conduta resulta morte, a reclusão é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (§ 2º).

Tanto no resultado lesão grave quanto no resultado morte, o crime é preterdoloso. No caso de vítima entre 14 e 18 anos, o autor do crime deve estar ciente da idade desta, caso contrário, estaríamos diante de uma odiosa hipótese de direito penal com responsabilidade objetiva.

### **1.1.8 Tipo subjetivo**

É o dolo consistente na intenção de realizar a conjunção carnal ou outros atos de libidinagem de profunda ofensividade.

É importante salientar que o dolo é composto por dois elementos, o aspecto volitivo e cognitivo, sendo que neste último o agente deve ter não apenas consciência de que pratica uma ação sexual violenta, mas, além disso, deve ter consciência, também, que contraria a vontade da vítima da ação que pretende realizar, das consequências de sua ação e dos meios que utiliza

Parte minoritária da doutrina exige o fim especial de satisfação da própria lascívia, contudo, diferentemente do artigo 218-A, o tipo em questão nada menciona sobre o elemento subjetivo especial.

### **1.1.9 Consumação e tentativa**

O crime de estupro, na modalidade constranger à conjunção carnal, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na

vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenal, quando existente; Na modalidade — praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso —, consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso de conjunção carnal; o momento consumativo desta modalidade coincide com a prática do ato libidinoso.

Quanto à tentativa, Bitencourt assim leciona:

Doutrinariamente, é admissível a tentativa, embora a dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se o crime de estupro na forma tentada quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. No estupro, como crime complexo que é, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui início de execução, porque está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha ameaçado gravemente a vítima com o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal. (tratado de direito penal volume 4, bitencourt)

#### **1.1.10 Ação penal**

O artigo 225 do Código Penal dispõe que: Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Sendo que o crime de estupro encontra-se no capítulo I em questão. O parágrafo único do mesmo artigo excepciona a regra ao determinar que se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável a ação será incondicionada.

A razão pela qual um crime considerado hediondo é de ação penal pública condicionada à representação está na ponderação entre o interesse público e a intimidade da vítima, sendo que na maioria dos casos, com exceção do parágrafo único, a proteção da intimidade se sobrepõe ao interesse coletivo.

Fato de difícil compreensão é o caso de vítimas que estavam vulneráveis no momento do crime, entretanto, esta condição foi passageira, como acontece em casos de violência imprópria. Tais casos são disciplinados pelo parágrafo único, mas as vítimas possuem capacidade para decidir sobre a conveniência da ação penal. Esta intrigante questão é abordada pelo professor Dr. Aury Lopes Júnior no texto

intitulado: LEI 12015/2009 E OS CONCEITOS DE VULNERABILIDADE MATERIAL E VULNERABILIDADE PROCESSUAL (publicado no facebook do autor)

#### **1.1.11 Atentado violento ao pudor e estupro: possibilidade de crime continuado**

A Lei 12.015/09 revogou o artigo 214 do código penal (atentado violento ao pudor), contudo não se operou a abolição criminis, pois a conduta do artigo revogado foi inserida no artigo 213, operando-se o fenômeno da continuidade normativa típica. Com esta alteração, vislumbrou-se a possibilidade de aplicar o instituto do crime continuado quando ocorrer a conjunção carnal e o coito anal em um mesmo contexto fático. O STJ, conforme o informativo 468, assim decidiu a questão de forma incidental:

##### **ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA.**

In casu, o recorrido foi condenado à pena de nove anos e quatro meses de reclusão pela prática de dois crimes de atentado violento ao pudor em continuidade e à pena de sete anos de reclusão por dois delitos de estupro, igualmente em continuidade, cometidos contra a mesma pessoa. Em grau de apelação, o tribunal a quo reconheceu a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor e reduziu a pena para sete anos e seis meses de reclusão em regime fechado. O MP, ora recorrente, sustenta a existência de concurso material entre os delitos. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, negou provimento ao recurso, adotando o entendimento de que os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor correspondem a uma mesma espécie de tipo penal, confirmando a possibilidade do crime continuado. Dessarte, consignou-se que o tribunal de origem nada mais fez que seguir a orientação de uma vertente jurisprudencial razoável que acabou por harmonizar-se com a legislação nova que agora prestigia essa inteligência, isto é, sendo os fatos incontroversos, o que já não pode ser objeto de discussão nessa instância especial, o acórdão recorrido apenas adotou a tese de que os crimes são da mesma espécie e, assim, justificou a continuidade. Precedentes citados do STF: HC 103.353-SP, DJe 15/10/2010; do STJ: REsp 565.430-RS, DJe 7/12/2009. REsp 970.127-SP, Rel. originária Min. Laurita Vaz, Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp, **julgado em 7/4/2011**.



## **1.2 O estupro de vulnerável**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena — reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (Vetado.)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena — reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena — reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

### **1.2.1 Considerações iniciais**

O Capítulo II do Código Penal dispunha acerca dos crimes de sedução (CP, art. 217) e corrupção de menores (CP, art. 218). O crime de sedução acabou por ser revogado pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, atendendo aos reclamos da doutrina que não via, na prática, a viabilidade da aplicação desse dispositivo penal. Subsistiu, portanto, o crime de corrupção de menores, o qual dispunha a conduta de “Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena — reclusão, de um a quatro anos”.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, significativas alterações foram operadas no Capítulo II do Código Penal, o qual recebeu a rubrica de “crimes sexuais contra vulneráveis”, passando a contemplar inúmeros outros delitos, tais como: estupro de vulnerável (CP, art. 217-A); a mediação de menor de 14 (catorze) anos para satisfação da lascívia de outrem (CP, art. 218, sem nomenclatura legal); satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A); e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (CP, art. 218-B).

Guilherme Nucci (2009, p. 892) assim descreve crime em questão:

A relação sexual com vulnerável pode não envolver violência ou grave ameaça real, leia-se, pode ter sido “consentida” pelo ofendido, que, após, não reclama e pode até ter apreciado. Entretanto, por regras de experiência, captadas pelo legislador, é vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, as vulnerabilidades de suas situações indicam a presunção de ter sido violenta a prática do sexo. De todo modo, são previstas as formas qualificadas pelo resultado, pois é possível ocorrer a relação sexual com efetivo emprego de violência. Nesse caso, o resultado pode atingir consequências mais graves, como as lesões ou a morte da vítima. Em suma, por ser tipo penal especial em relação ao art. 213, sempre que a prática sexual envolver menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental ou incapaz de resistir, tipifica-se como estupro de vulnerável, levando-se em conta o art. 217-A.

César Roberto Bitencourt (2011, p. 205) complementa:

Na realidade, o legislador faz uma grande confusão com a idade vulnerável, ora refere-se a menor de quatorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (218-B, 230, § 1º, 231, § 2º, I, 231-A, § 2º, I). A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expresso, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito), conforme destacou, desde logo, Guilherme Nucci.

Menor de quatorze anos é exatamente o infante-juvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que merece atendimento especial do Estado e da lei e que, agora, finalmente, o legislador penal reconhece sua vulnerabilidade. Essa é uma oportunidade rara, para abordarmos algo que sempre nos preocupou, qual seja, a vitimização secundária dos menores vítimas de abuso sexual (no plano familiar e extrafamiliar), historicamente tratados pelas autoridades repressoras (Polícia, Ministério Público e Judiciário), como simples objeto de investigação e meio de prova. Merece destaque especial, nesse particular, a atuação de muitos representantes do Parquet que, obcecados pela busca de uma mitológica verdade real, sempre desconhecaram a vitimização secundária daqueles vitimados pela violência sexual, vistos somente como simples meios de prova.

### 1.2.2 A vulnerabilidade e a presunção de violência

A presunção de violência na qual o tipo se alicerça é ponto de discussão na doutrina e na jurisprudência, pois há quem diga que tal presunção é absoluta e outros defendem que existe uma relatividade, pois somente uma análise do caso concreto poderia determinar se existiu ou não vulnerabilidade.

Extraí-se da obra de Fernando Capez (2012, p. 1779) que a tendência na doutrina era emprestar valor relativo a essa presunção (*juris tantum*), corrente esta minoritariamente partilhada pela jurisprudência, com demonstração a seguinte aresta jurisprudencial:

Recurso Especial. Estupro. Vítima menor de 14 anos de idade. Violência presumida. Presunção relativa. 1. É relativa a presunção de violência contida na alínea 'a' do artigo 224 do Código Penal. 2. Recurso conhecido e improvido" (STJ, 6ª Turma, REsp 206.658-SC, Rel. Min. Vicente Leal, j. 18-4-2002, DJ, 10-3-2003, p. 320).(2)  
"Recurso Especial. Estupro. Vítima menor de 14 anos de idade. Violência presumida. Presunção relativa. 1. A presunção de violência contida no art. 224, 'a', do CP é *juris tantum*, ou seja, tem caráter relativo. Precedentes. 2. Recurso conhecido em parte (letra 'c') e improvido" (STJ, 6ª Turma, REsp 195.279-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18-4-2002, DJ, 19-12-2002, p. 454).

Assim, afastava-se essa presunção nas seguintes hipóteses: vítima que aparentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despuída, devassa. Para essa corrente, a presunção não poderia ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva.

O dispositivo em questão teria como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, apesar de não ter completado ainda 14 anos, apresentasse evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não haveria por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades. Por exemplo: rapaz de 18 anos, que namorasse uma menina de 12 anos há pelo menos um ano, e com ela mantivesse conjunção carnal consentida. Se a garota tivesse um desenvolvimento bem mais adiantado do que sugerisse sua idade, e se ficasse demonstrado seu alto nível de discernimento, incomum para sua fase de vida,

para essa corrente não haveria por que considerar o autor responsável por estupro, já que a presunção teria sido quebrada por circunstâncias específicas do caso.

Entretanto, os Tribunais Superiores vinham adotando entendimento no sentido de que a presunção de violência seria absoluta quando o crime fosse praticado contra vítima menor de idade (*juris et jure*). Assim, sustentava-se que o consentimento de menor de 14 anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastariam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor. O seguinte julgado exemplifica tal posição:

Recurso Especial. Penal. Estupro. Absolvição. Pretendida reforma. Inviabilidade. Violência presumida. Conduta anterior à Lei n. 12.051/2009. Relativização. Possibilidade diante das peculiaridades da causa. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do Código Penal (hoje revogado pela Lei n. 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o decisum absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu. 3. Acrescentou a Corte de origem que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea a do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida. 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual se nega provimento” (STJ, 6ª Turma, REsp 637361/SC, Rel. Min. Og Fernandes, j. 1-6-2010, DJe, 28-6-2010)..

Merece destaque parte do antológico acórdão do Ministro Marco Aurélio, que pontificou:

A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar

mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público” (HC, STF 73.662/MG, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, 21-5-2005).

### **1.2.3 A Innocentia Consilii**

Innocentia Consilii é o desconhecimento sobre os assuntos relacionados à sexualidade, resultando na incapacidade para o consentimento do ato sexual.

No ordenamento nacional há, tradicionalmente, uma idade estabelecida para a presunção da Innocentia Consilii.

O código criminal do império, no seu artigo 219, acrescido do Aviso 512 de 1862, estabelecia a presunção de violência nos atos sexuais com menores de 17 anos. Mais tarde, o Código Penal de 1890, no seu artigo 272, baixou esta presunção de violência para os 16 anos. Finalmente, o Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2848/1940), ainda em vigor, baixou a presunção de violência para os 14 anos.

A diminuição da idade parâmetro para o estabelecimento da Innocentia Consilii demonstra que as alterações normativas estão diretamente ligadas com a evolução cultural da sociedade. A legislação não é refém de um período histórico, na medida em que o contexto social sofre alterações, o ordenamento jurídico deve adaptar-se.

Embora o artigo 217-A deixe claro que a idade de consentimento para o ato sexual, o legislador nacional parece ter estabelecido uma segunda idade, pois no artigo 218-B a tutela normativa avança até os 18 anos, causando certa confusão em relação ao conceito de Innocentia Consilii.

#### **1.2.4 Causas de aumento de pena**

Aplicam-se ao crime de estupro de vulnerável as causas de aumento de pena dos arts. 226, I e II, e 234-A, III e IV, do Código Penal. Assim, a pena é aumentada em 1/4 se o delito for cometido com concurso de duas ou mais pessoas (art. 226, I); em 1/2 se o agente for ascendente, descendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou caso tenha autoridade sobre ela por qualquer outro título (art. 226, II), ou, ainda, se resultar gravidez (art. 234-A, III); e, de 1/6 até 1/2, se o agente transmitir à vítima doença sexualmente transmissível de que sabia ou deveria saber estar acometido.

#### **1.3 O ato infracional e o estupro**

A definição legal de ato infracional consta no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. (Estatuto da Criança e do Adolescente)

##### **1.3.1 A doutrina da proteção integral**

A superação do paradigma da incapacidade, pela adoção do paradigma da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, próprio da condição de sujeito de Direito, permite resumir em poucas palavras, o que implica a adoção da doutrina de Proteção Integral de Direitos da Criança, norteadora do Estatuto da Criança e do Adolescente, em superação dos primados da Doutrina da Situação Irregular, que inspirava o Código de Menores de 1979.

Pelo superado Código de Menores, a declaração de situação irregular tanto poderia derivar de sua conduta pessoal, como da família ou da própria sociedade. Haveria uma situação irregular, uma conduta do jovem ou daqueles que o cercam.

Reforça-se a ideia dos institutos para menores, onde se misturavam infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos, com vitimizadores autores de conduta infracional, partindo do pressuposto que todos estariam na mesma condição: estariam em condição irregular.

O modelo tutelar como destaca Mary Beloff, tinha como fundamento a chamada “escola etiológica”, que reproduz critérios criminológicos próprios do positivismo do final só século XIX e principio do século XX.

O determinismo entre pobreza e marginalidade e delinquência se encontra presente em todas as leis, praticas e instituições tutelares, consagrando o famoso binômio “menor abandonado/delinquente”.

O modelo que resulta da Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança vem fundado na chamada escola de reação social, que representa uma ruptura com a escola etiológica. Já não são as condições sociais do menor de idade que habilita o Estado a intervir, mas sim sua conduta delitiva concreta. Não se utiliza o modelo de um Direito penal do autor, para se adotar um direito penal do fato.

Segundo Mary Baloff, desde um ponto de vista político criminal, desta nova concepção se deriva um sistema de justiça juvenil que somente atuará promovendo a ação do Estado frente a conduta infratora , sob o principio da legalidade não mais cogitando a punição dos potenciais infratores.

### **1.3.2 A ultrapassada doutrina da situação irregular**

Conforme Saraiva (2010, p. 24), Mary Beloff resume uma série de distinções entre a Doutrina da situação irregular, que presidia o Código de Menores e as legislações latino-americanas, derogadas pela Convenção da Nações Unidas de Direito da Criança e a Doutrina de Proteção Integral resultante da Nova Ordem Mundial.

Beloff é a principal referencia no que diz respeito ao tema da Doutrina de Situação Irregular. Dentre as principais características dessa Doutrina incluem-se:

- a) a abordagem das crianças e jovens como objetos de proteção. Assim, não são objetos de direitos, mas são tratados como incapazes.
- b) Outro ponto é que se utilizam categorias jurídicas ambíguas, “figuras jurídicas de tipo aberto”, como por exemplo, “situação de risco”.
- c) As condições pessoais, familiares e sócias do menor que o impelem a ser um menor em “situação irregular”, é a condição pessoal que leva à ação coercitiva do Estado.
- d) faz-se uma distinção entre criança e menor, sobretudo uma distinção de classe onde os bem-nascidos são o oposto daqueles em “situação irregular”.
- e) A lei visa aos menores e estes são “objeto de proteção”.
- f) Por não ser concebida na perspectiva das leis fundamentais, esta proteção muitas vezes restringe ou viola direitos.
- g) Nesta lei aparece a ideia de incapacidade do menor.
- h) A opinião da criança faz-se irrelevante em consequência de a Lei o tratar como incapaz.
- i) Em consequência disso, também o Juiz responsável por suprir a falta de políticas públicas adequadas, acaba por adquirir um amplo poder discricionário, sem limitações legais para intervir sobre a criança e a família.
- j) Além disso, há uma concentração no atendimento;
- k) Confundem-se crianças e adolescente infratores com políticas públicas como o “sequestro e judicialização dos problemas sociais”;
- l) Essa associação entre menor abandonado e delinquente dá margem para criar uma ideia infundada da “delinquência juvenil”;
- m) Desta forma ignora-se todas as garantias reconhecidas pelos diferentes sistemas jurídicos. No Estado de Direito, garantias estas que não são somente para pessoas adultas;
- n) A postura adotada pelos Juízes de Menores, tanto para infratores quanto para vítimas, será a privação da liberdade, além de não estabelecer um tempo definido.



o) Consideram-se como inimputáveis penalmente em face dos atos infracionais praticados. Essa ação protetivas não lhes será assegurado com todas as garantias que tem os adultos e que a decisão de privá-los de liberdade ou de aplicação de qualquer outra medida, não dependerá necessariamente do fato cometido, mas sim, precisamente do fato de o adolescente e da criança encontrar-se em situação de risco.

As políticas de criminalização da pobreza e judicialização da questão social no âmbito do Direito do Menor orientaram os Juizados de Menores nesta época.

Para Emilio Garcia Mendez, sobre análise que fez sobre a velha Doutrina de situação irregular em confronto com a nova ordem estabelecida a partir da Convenção das Nações Unidas pra o Direito da Criança, no contexto da chamada década perdida, resulta supérfluo insistir com cifras para demonstrar dois tipos de infância na América Latina. Uma minoria com necessidades básicas total ou parcialmente insatisfeitas.

Estabelece-se as diferenças entre as competências pelas políticas sociais e competências pelas questões relativas à infração pela Lei Penal. Neste caso estabelecendo-se princípios fundamentais como ampla defesa, reconhecendo que os direitos das crianças e dos adolescentes dependem de um adequado desenvolvimento das políticas sociais.

A política pública de atendimento deve ser implementada pela sociedade e pelo Estado, fundada na descentralização e focalizada nos municípios. É abandonado o conceito de menores como sujeitos definidos de maneira negativa, pelo que não têm, pelo que não sabem ou não são capazes, e passam a ser definidos de maneira positiva, como sujeitos plenos de direitos.

São desjudicializados os conflitos relativos à falta de recursos materiais, substituindo o sistema anterior, de proteger a pessoa da criança e do adolescente do “menor”, mas sim de garantir o direito de todas as crianças e adolescentes. Este conceito de proteção resulta no conhecimento e promoção de direitos, sem violá-los e restringi-los. Também por este motivo a proteção não pode significar intervenção estatal coercitiva.

Da ideia de universalidade de direitos, depreende-se que estas leis, derivadas da nova ordem, são para toda infância e adolescência, não para uma parte apenas. Por isso se diz que com essas leis se recupera a universalidade da categoria infância, perdida com as primeiras leis para menores.

Já não se trata de incapazes, meia-pessoa ou pessoas incompletas, mas sim pessoas completas, cuja particularidade é que estão em desenvolvimento. Por isso se reconhecem todos os direitos que tem todas as pessoas mais um plus de direitos específicos principalmente por reconhecer-se que são pessoas em peculiar fase de desenvolvimento.

Decorre disso um imperativo lógico, de a criança ser ouvida e suas opiniões devidamente consideradas. Recoloca-se a Justiça de Infância e Justiça ocupar-se de questões jurisdicionais seja na órbita infracional, seja na órbita civil. O Juiz da Infância como qualquer juiz de sua jurisdição, está limitado pelo sistema de garantias.

Na questão do adolescente em conflito com a lei, enquanto autor de uma conduta tipificada como crime ou contravenção, reconhecem-se todas as garantias que correspondem aos adultos nos juízos criminais, segundo as constituições e os instrumentos internacionais pertinentes, mais garantias específicas. Destas, a principal é de que os adolescentes devem ser julgados por tribunais específicos, com procedimentos próprios e que o adolescente pelo ato cometido, resulte na aplicação de sanções distintas daquelas do sistema de adultos, estabelecendo deste ponto de vista uma responsabilidade penal juvenil, distinta daquela do adulto;

Resulta disso um estabelecimento de um rol de medidas aplicáveis ao adolescente em conflito com a lei, onde o alternativo e o excepcional são última solução e por breve tempo será a privação da liberdade. Estas medidas se estendem desde a advertência desde a admoestação até os regimes de semiliberdade e ou privação de liberdade em instituição especializada, distinta daquelas de adultos e por tempo determinado.

Pela nova ordem resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e de toda a normativa internacional incidente, fundadora da Doutrina da

Proteção Integral de Direitos, presente na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, resta sepultada a Doutrina da Proteção Integral.

### **1.3.3 O adolescente e o crime**

Martha Toledo Machado (2003, P. 256), diz que a peculiar condição fática de pessoa em desenvolvimento comporta algumas características - entre as quais a de que o adolescente "aprende a obedecer às normas de convívio social transgredindo-as" e a de que os mecanismos individuais de autocontrole dos adolescentes não estão completamente construídos - que devem nortear a definição dos parâmetros desta noção de exigibilidade de conduta diversa para o adolescente, diferenciada daquela empregada para o adulto. Em grandes linhas, não podemos trabalhar com a régua da conduta média do adulto, para valorar a reprovabilidade da conduta do adolescente. Havemos de buscar um parâmetro próprio da adolescência, mitigado em relação a cada uma das suas fases, às condições das pessoas envolvidas no fato penalmente típico e às características objetivas de cada figura penal.

É justo que as condutas de grupos de pessoas tão diversas sejam valoradas pela mesma régua de exigibilidade de outra conduta? E a questão da motivação, que interfere também nessa valoração? Deve ser identicamente valorada entre adultos e adolescentes? A referida autora pensa que não. Por outro lado, há figuras penais típicas cuja "aplicabilidade literal" a adolescentes pode levar a fundas injustiças. Para ficar apenas na demonstração da existência desse tipo de problema, tomemos o exemplo extremo do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida em razão da idade da vítima. Merece sancionamento a conduta de dois jovens de treze anos que mantenham contato sexual? E há crime de um contra o outro? Ou merece sancionamento por estupro com violência presumida a conduta do rapaz de quinze anos que mantém cópula com a jovem de treze?

### **1.3.3.1 O conceito de ato infracional**

A criança e o adolescente não cometem crime, pois não preenchem o requisito da culpabilidade, elemento do crime. Aplica-se a eles a presunção absoluta da incapacidade de entender e determinar-se, adotando-se o critério biológico de imputabilidade.

O Código Penal assim dispõe a respeito: Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. No mesmo sentido o artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente: São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Dessa forma, a conduta delituosa da criança e do adolescente é denominada tecnicamente de ato infracional, abrangendo tanto o crime como a contravenção.

### **1.3.4 Natureza jurídica do direito relacionado ao ato infracional**

Existem duas correntes que discutem a natureza jurídica do direito relacionado ao ato infracional, quais sejam: a do direito penal juvenil e a do direito infracional. Válter Kenji Ishida, na obra: Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado (2010, p. 199) trata do tema:

Para o direito penal juvenil, além do caráter pedagógico da medida socioeducativa, haveria nitidamente na sua execução, um verdadeiro caráter retributivo. Assim, a extensão das garantias penais e processuais penais asseguraria uma isonomia entre o réu maior de 18 anos e o adolescente infrator. O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente admitindo esse posicionamento. Contrapondo-se a essa corrente, pode-se falar em outra denominada doutrina do direito infracional. A mesma mantém o purismo da medida socioeducativa, considerando-a essencialmente como medida educativo-pedagógica.

### **1.3.5 Consequências do ato infracional**

Quando uma criança ou um adolescente praticam ato infracional haverá tratamento diferenciado para cada um deles, não obstante possa ocorrer a mesma conduta ilícita. Na verdade, a distinção entre criança e adolescente tem importância no Estatuto, posto que, não obstante usufruírem dos mesmos direitos fundamentais, recebem medidas diferenciadas na hipótese de ocorrência de ato infracional. A criança infratora fica sujeita às medidas de proteção previstas no art. 101 do Estatuto, que implicam num tratamento através da sua própria família ou da comunidade, sem que ocorra privação de liberdade. O adolescente infrator submete-se a tratamento mais rigoroso, com as medidas sócio-educativas (incluindo as medidas de proteção) previstas no art. 112, que podem implicar na privação de liberdade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente possui critério objetivo para distinguir criança de adolescente, conforme o artigo 2º da referida lei: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Em todo o caso, as medidas devem ser aplicadas levando-se em consideração uma relação de proporcionalidade, ou seja, a capacidade do infrator em cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

### **1.3.6 O sexo consentido entre adolescentes**

O crime de estupro de vulnerável não estabelece nenhuma exceção para o sujeito ativo, isto quer dizer que, em tese, é possível que dois adolescentes com menos de 14 anos, ao praticarem atos libidinosos, cometam ato infracional descrito como estupro de vulnerável. Diante desta situação surge o questionamento: aplicam-se ou não medidas educativas?

Para responder a esta pergunta, é necessário compreender a natureza jurídica do direito relacionado ao ato infracional. Se esta natureza for de caráter retributivo, a medida educativa se faz necessária e deverá ser aplicada. No processo 1.0720.02.005495-6/001 (1) do TJMG, o juiz, na sentença, adotou o critério retributivo:

aplicou ao menor infrator a medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade, pela prática de ato infracional análogo à figura típica descrita no art. 213, c/c o art. 224, alínea a, do Código Penal (fls. 67/70).

Neste mesmo processo, em sede de recurso de apelação, o Tribunal, ao reformar a sentença, adotou entendimento diverso, acolhendo a doutrina do direito infracional:

ao impor a medida, o Juízo deve analisar profundamente a imposição da medida, levando em consideração a realidade social em cada caso, as condições históricas, o convívio familiar, os vínculos psicológicos que presidiram a criação do menor, as instituições disponíveis à reeducação, tudo sopesado dentro das perspectivas educacionais que presidirão o cumprimento da medida eleita, porque, a teor do que dispõe o art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverá declinar aquela, ou aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Neste contexto, não me parece justo ou jurídico que, constatando a ocorrência do pressuposto para a aplicação da medida, realize, de imediato, sem maiores individualizações ou motivos, a concretização da medida sócio-educativa pela só ocorrência do fato tipificado. (grifado)

O adolescente que se relacionar sexualmente com outro adolescente menor de 14 anos, mesmo que com o consentimento de ambos, praticará ato infracional e ficará submetido ao poder judiciário que decidirá a respeito da sanção a ser adotada, podendo adotar o direito retributivo e condenar os adolescentes independentemente de qualquer análise sobre a proporcionalidade da conduta ou adotar o direito infracional e fazer um juízo de proporcionalidade sobre o evento.

É fato que no ordenamento jurídico nacional não existe qualquer ferramenta que possa equacionar a situação em que dois adolescentes de 13 anos, ao relacionarem-se sexualmente, não pratiquem ato infracional comparado ao estupro de vulnerável.

## **2 A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA**

### **2.1 Diferenças fundamentais entre os sistemas da Common Law e Civil Law**

Para que seja possível a análise do instituto da Exceção de Romeu e Julieta, é de fundamental importância que façamos antes uma breve síntese das peculiaridades dos diferentes sistemas jurídicos que vigoram no Brasil e nos Estados Unidos da América.

Segundo Silvio Venosa (2009, p. 122), o sistema romano-germânico, ou do direito civil ou direito continental, em contraposição ao direito das ilhas britânicas, filia-se o direito brasileiro, tendo em vista suas origens lusitanas. O exame da lei como fonte do Direito possui enfoques diversos conforme vista sob o prisma do Common Law ou do direito civil, de origem romano germânica.

No sistema romanista, a lei prepondera como o centro gravitador do Direito. Essa tradição preponderou definitivamente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão do direito nacional.

As outras fontes subordinam-se à lei, de forma mais ou menos acentuada. Ainda, neste nosso sistema, a posição enfatizada da lei é reforçada pela presença da codificação. Para o jurista de formação românica, todo raciocínio jurídico terá sempre em mira, quase sempre como ponto de partida, o Código, seja civil, penal, processual etc., ou leis que muito se aproximam de codificações, como consolidações, estatutos ou microssistemas. Os códigos representam a legislação integral ou principal de determinados campos do Direito, como, por exemplo, o Código Civil atual representa o tronco principal e abrangente de todo direito privado.

No sistema do Common Law, dominante principalmente em países de língua ou influência inglesa (Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia, Índia, Quênia etc.), a lei é vista como apenas uma dentre as várias fontes. Seu papel não se sobrepõe às demais modalidades, como o costume, a jurisprudência, os princípios gerais. Fenômeno marcante desse sistema é o fato de a lei e o direito de origem jurisprudencial conviverem como dois sistemas distintos dentro do mesmo ordenamento. Ainda quando existam códigos, e muitos desses países os têm, essas



fontes são vistas como consolidações do direito consuetudinário anteriores à codificação, sendo interpretadas com base em precedentes jurisprudenciais. Não há que se entender que esse sistema inglês seja costumeiro, na acepção estrita da palavra, mas jurisprudencial, baseado em cases. Há países que adotam sistemas mistos, com mais ou menos influência do sistema de direito civil, como, por exemplo, Escócia e Israel, matéria que exige estudo mais aprofundado.

O isolamento inglês com relação à cultura continental, em particular ao movimento de codificação que grassou na Europa no final do século XVIII e século XIX, contribuiu para manter o Common Law fiel às suas origens, ao seu esquema de precedentes, no qual a lei não impera de forma soberana, mas sempre é colocada em paralelo com a jurisprudência. A própria Constituição norte-americana assume um papel diverso nesse sistema jurídico, figurando como um superpoder de controle por parte dos juízes com relação ao Congresso, isto é, sobre a legislação (Monateri, 2002:394). Nesse diapasão, o juiz inglês ou norte-americano produz, descobre, elabora o Direito, independentemente da obra do legislador, que pode apenas concorrer para sua convicção, não sendo a lei seu ponto central de raciocínio.

O juiz do sistema civil românico parte da lei para qualquer reflexão que faça para sua decisão, recorrendo às outras fontes, tais como costumes, princípios gerais, jurisprudência, analogia, equidade como complemento ou adinículo de sua convicção. Isto como regra geral, conforme veremos. Advirta-se, porém, que um ou outro sistema chega às mesmas conclusões sob idênticos ideais de justiça. Não se pode afirmar que um sistema seja mais justo ou mais adequando que outro. Os dois sistemas são expressões culturais e históricas de cada povo, que cada vez mais sofrem influências recíprocas. A esse respeito, conclui Guido Fernando Silva Soares (2000:39):

“A questão é de método; enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita, e, subsidiariamente, a jurisprudência, na Common Law o caminho é inverso: primeiro os cases e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade de que o *case law* é a regra e o *statute* é o direito de exceção, portanto integrativo.” Ademais, é oportuno recordar que o direito do Common Law teve um desenvolvimento diverso nos Estados Unidos da América, pois este país teve uma Constituição escrita que se

coloca no topo da pirâmide normativa. Desse modo, a nação norte-americana possui na realidade um direito misto, com muita influência do *civil law*. De qualquer modo, a tendência das últimas décadas, mormente com a globalização e a integração econômica da União Europeia, é também a crescente influência do direito escrito no ordenamento britânico. Há também o outro lado, pois muitos dos institutos do direito inglês foram absorvidos pelo direito da comunidade continental. Por essa razão, o sistema puro do Common Law na Inglaterra seria aquele do tempo da rainha Vitória (Soares, 2000, p. 39).

Ainda, a doutrina, os escritos dos juristas, possui nos países de orientação românica um papel totalmente diverso do que ocorre no *Common Law*. Este busca sempre soluções práticas que geralmente não se amoldam aos manuais, monografias e tratados de Direito, como os temos em nosso país, na América Latina e na Europa continental. Toda essa matéria deve ser aprofundada no estudo do Direito Comparado, disciplina que cada vez mais ganha importância no mundo globalizado. O profissional e o operador do Direito deste século devem estar familiarizados com o Direito dos povos, cada vez mais mesclados e miscigenados.

## **2.2 Aproximações históricas**

O crime de estupro de vulnerável, artigo 217-A do código penal, traz como consequência ao criminoso uma pena privativa de liberdade de oito a 15 anos. Não há qualquer menção sobre o consentimento ou não da vítima, ou seja, o tipo penal trata a situação de sexo consentido de igual maneira com a do sexo forçado, com uso de violência ou grave ameaça. Com as recentes alterações promovidas pela lei 12.015/09, a situação ganhou um novo contorno, pois agora não é necessário mais o sexo para configurar o crime, basta qualquer ato libidinoso, tornando o tipo um campo fértil para a imaginação do julgador.

O problema aumenta quando as condutas são praticadas por adolescentes em fase de descobrimento da sexualidade.

Nos Estados Unidos, país conhecido por ter uma legislação extremamente puritana, em alguns estados o sexo consentido com menor de 18 anos é crime. Entretanto, ao enfrentarem com frequência a situação de adolescentes flagrados fazendo sexo, muitos Estados resolveram criar um mecanismo que eliminasse a tipicidade do crime nesta situação. Com a finalidade de resolver este problema social, verdadeira incompatibilidade entre a legislação e o comportamento do adolescente em fase de descobrimento da sexualidade, criaram-se as *Romeo and Juliet Laws*.

### **2.3 O modelo norte americano**

Com frequência, atribuem-se a adolescentes a autoria de delitos dessa natureza vitimizando crianças ou outros adolescentes. Assim, vítima e acusado estão, muitas vezes, em situação de proximidade de grau de desenvolvimento físico, psíquico e emocional, a reclamar dos operadores do sistema de justiça uma ainda maior habilidade na condução desse processo que visa a apurar o fato. Não se ignora que os Estados Unidos da América do Norte introduziram o mundo, antes da revolução francesa, na moderna república, e a eles devemos quase todos os conceitos de liberdades individuais que mundo a fora estão expressas nas constituições. A Lei brasileira, após o advento da Lei 12.015/2009, criminaliza toda relação sexual com menor de 14 anos.

Não há falar em violência presumida. Há o fato, há o crime; seja consensual, seja por violência ou ameaça. Pois os americanos, que punem o sexo consensual entre adolescentes, conceberam a chamada “Romeo and Juliet Law”. Poderíamos traduzir, com vista à utilização de seus conceitos por aqui, como “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare.

Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de cinco anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E consequentemente, em uma relação consentida, não haveria crime.

Na aplicação da chamada “Romeo and Juliet Law” a Suprema Corte do Estado da Geórgia (cuja Legislação criminalizava a conduta sexual consensual entre adolescentes) liberou da prisão Garnalow Wilson, de dezessete anos de idade, que estava preso pela prática de sexo oral com uma menina de 15 anos. A legislação do Estado criminalizava a conduta de práticas sexuais entre adolescentes, mas a Suprema Corte determinou que Wilson fosse liberado porque a nova regra desconfigurou a criminalização do sexo consensual entre adolescentes. A rigor, a manutenção em 14 anos de idade para a chamada presunção de violência, apta a configurar crime ante a revogação do art. 224 e a nova redação do art. 217- A, todos do CP, reclama uma reflexão maior.

Se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os doze anos de idade; permite que viaje desacompanhado por todo território nacional, autoriza sua privação de liberdade na hipótese de autoria de um delito, além de diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e sua palavra considerada; exagera a norma a fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a “Exceção de Romeu e Julieta”. (Compêndio de direito penal juvenil, João batista costa saraiva, p. 248)

Algumas leis estaduais americanas exigem que as autoridades tornem disponíveis para a população uma lista contendo registro dos condenados por crimes sexuais. Todos os estados americanos decidem individualmente quais as informações devem constar do registro dos criminosos sexuais, e bem como será disseminada a lista registral. É bastante comum o registro público conter o nome, a foto, o endereço, o tempo de cumprimento da pena e a natureza do crime. As informações são comumente encontradas em sites da internet de acesso livre e gratuito, mas podem ser publicadas em revistas, distribuídas em panfletos, ou divulgadas por qualquer outro meio.

Na esfera federal existe a Lei Megan, conhecida como "Sexual Offender (Jacob Wetterling) Act of 1994". Tal lei determina que o condenado por crime sexual contra criança informe cada passo que está dando na vida, como mudança de endereço ou emprego.

## **2.4 Requisitos e pressupostos de aplicação**

A legislação norte-americana sobre o tema varia conforme o estado federativo, sendo vários os possíveis reflexos da aplicação de exceção de Romeu e Julieta. Algumas das possibilidades são:

- a) Reformular a definição da própria ofensa para excluir completamente situações em que a diferença de idade é inferior a um período de tempo específico.
- b) Fornecer uma defesa afirmativa para estupro baseado na pequena diferença de idades dos participantes, ou em evidências de uma relação sexual pré-existente entre o acusado e a vítima.
- c) Reduzir a gravidade da ofensa de um crime de contravenção, o que evita a perda dos direitos civis e reduz penas disponíveis.
- d) A redução da pena em tais casos, liberdade condicional, e ou serviço comunitário ou multa.
- e) A eliminação da exigência de que o participante condenado seja registrado como um agressor sexual, ou reduzir a duração do seu registro (Lei Megan).

No estado do Texas, o benefício aplicado nos casos de exceção de Romeu e Julieta é a possibilidade de defesa afirmativa, relativizando a presunção de violência. Na defesa afirmativa o réu admite os atos, mas pode justificar a conduta, sendo uma espécie de confissão qualificada.

Os requisitos para a aplicação da exceção no Texas são os seguintes:

- a) A diferença de idade entre os envolvidos não pode ser superior a três anos;
- b) A vítima deve ser mais do que 14 anos;
- c) O acusado não deve possuir registro como criminoso sexual;
- d) A conduta não pode ter sido incestuosa;
- e) O acusado não deve ser casado.

### **3 APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NO BRASIL**

#### **3.1 Sobre a possibilidade de aplicação do instituto no Brasil**

##### **3.1.1 O princípio constitucional da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.**

Para avaliar a compatibilidade do instituto alienígena com o ordenamento pátrio se faz necessária uma filtragem constitucional. A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova visão a respeito das crianças e adolescentes, reconhecendo-lhes a peculiar condição de ser humano em desenvolvimento.

Martha de Toledo Machado (2003:108) sustenta que o ponto focal no qual se esteia a concepção positivada no texto constitucional é a compreensão de que - por se acharem na peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento- crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude.

Crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade.

Essa característica é inerente à sua condição de seres humanos ainda em processo de formação, sob todos os aspectos, v.g., físico (nas suas facetas constitutiva, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social etc.

Na essência, a possibilidade de desenvolver a personalidade humana (as potencialidades do ser humano adulto) é pré-requisito da própria noção jurídica de personalidade, como tradicionalmente no Direito vinha sendo concebida.

Por outras palavras, não há direitos da personalidade em sua plenitude sem a preexistência da personalidade humana formada como tal.

Por isso é que, sustento, pode-se afirmar, ao menos sob uma ótica principiológica ou conceitual, que a possibilidade de formar a personalidade humana adulta - que é exatamente o que estão "fazendo" crianças e adolescentes pelo simples fato de crescerem até a condição de adultos - há de ser reconhecida como

direito fundamental do ser humano, porque sem ela nem poderiam ser os demais direitos da personalidade adulta, ou a própria personalidade adulta.

Invocando-se as conceituações juscivilistas, mas agregando-se a elas o reconhecimento da peculiar condição ostentada por crianças e adolescentes, os atributos da personalidade infanto-juvenil têm conteúdo distinto dos da personalidade do adulto, porque aquela ainda está em fase de formação, de desenvolvimento de suas potencialidades humanas adultas, esta na plenitude de suas forças.

Assim, quando se institui uma ordem jurídica (como o fez a Constituição brasileira de 1988), especialmente quando se institui a ordem jurídica sob os requisitos da Democracia e do Estado de Direito, o ordenamento cumpre a função organizadora de, em boa medida, modelar certo consenso social sobre os conflitos, ditando os parâmetros em que se buscou harmonizá-los em dado momento histórico, sob um ângulo, pois, que vou chamar de estático. Sob este ângulo estático e à luz dos valores eleitos como os fundamentais e fundantes pela Constituição de 1988, é que, a proteção especial conferida constitucionalmente a crianças e adolescentes se baseia no reconhecimento de que estes ostentam condição peculiar em relação aos adultos (a condição de seres humanos em fase de desenvolvimento de suas potencialidades) e no reconhecimento de que merecem tratamento mais abrangente e efetivo porque, à sua condição de seres diversos dos adultos, soma-se a maior vulnerabilidade deles em relação aos seres humanos adultos.

### **3.1.2 A avaliação interdisciplinar e a utilidade da medida**

Poucas são as decisões na justiça brasileira que citam a possibilidade de aplicação do referido mecanismo. O judiciário gaúcho se destaca no assunto, tendo o magistrado João Batista Costa Saraiva como um difusor da ideia nos tribunais do Rio Grande do Sul.

A opção pela medida sócio educativa aplicável supõe o exame das condições listadas no parágrafo primeiro do artigo 112 do ECA.

O dispositivo citado se aproxima do artigo 59 do Código Penal. No sistema juvenil inserto no Estatuto, o parágrafo primeiro do artigo 112, onde estão listados os elementos que o juiz deverá levar em consideração para o estabelecimento da medida sócio educativa adequada a situação em julgamento, faz as vezes do artigo 59 do CP.

A atuação do magistrado no manejo dos elementos constantes no parágrafo primeiro do artigo 112 reclama do aplicador da norma o domínio da linguagem interdisciplinar, impondo ao julgador não apenas o indispensável conhecimento técnico jurídico, mas a perfeita sintonia com os reclamos da psicologia, do serviço social, para referir apenas algumas das disciplinas que interagem na ação socioeducativa.

Consoante o pensamento de Saraiva (2010), no que diz respeito a utilidade da medida, há que ser levada em conta a dinâmica da vida do adolescente, a reclamar um olhar atual de sua condição pessoal para a tomada de decisão, em especial em sede de recurso de segunda instância, onde o adolescente em julgamento com certeza já não será o mesmo que se fez sujeito da sanção de primeiro grau. Em especial se nessa decisão de primeiro grau foi imposto ao adolescente o cumprimento de medida de meio aberto e o recurso postula sanção mais severa.

### **3.1.3 A relevância da conduta sob a ótica da teoria social da ação**

A conduta de um adolescente que pratica o ato sexual consentido com outro adolescente é adequada para integrar os elementos formadores do crime? Para os adeptos à Teoria Social da Ação a conduta relevante para configuração do crime deve ter ofensividade social.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 215) bem conceitua a referida teoria quando diz que a teoria social da ação surgiu como uma via intermediária, por considerar que a direção da ação não se esgota na causalidade e na determinação individual, devendo ser questionada a direção da ação de forma



objetivamente genérica. Esta teoria tem a pretensão de apresentar uma solução conciliadora entre a pura consideração ontológica e a normativa, sem excluir os conceitos causal e final de ação. Mas, antes de atingir o atual desenvolvimento, passou por vários estágios, cujas variantes levaram Maurach a admitir que até se pode falar em várias teorias sociais da ação, cuja amplitude de sua base de conhecimento constitui simultaneamente sua força e sua debilidade.

Na verdade, inicialmente Eb. Schmidt definiu a ação como “uma conduta arbitrária para com o mundo social externo”, recebendo logo a adesão de outros autores, que foram reelaborando o conceito primitivo. Assim, para Engisch, ação é a “causação voluntária de consequências calculáveis e socialmente relevantes”. Percebe-se, no entanto, que essas concepções apresentam, em realidade, um caráter nitidamente causal, e que também o resultado integra essa definição de ação. Somente a partir do conceito apresentado por Maihofer, para quem ação é “todo comportamento objetivamente dominável dirigido a um resultado social objetivamente previsível”, aparece um visível distanciamento do naturalismo. Às definições de Engisch e Maihofer, Welzel respondeu afirmando que não se trata de um conceito de ação, mas de uma doutrina da imputação objetiva (causal) de resultado, semelhante à teoria da causalidade adequada.

No entanto, o polimento final do conceito social de ação chegou com as contribuições de Maurach, Jescheck e Wessels. Jescheck reúne, no “comportamento humano socialmente relevante”, o atuar final do comportamento doloso e o comportamento objetivamente dirigível de natureza imprudente. Wessels, por sua vez, define a ação como “a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana”. Na sua definição Wessels considera a estrutura pessoal da conduta e com isso as circunstâncias ontológicas. Assim, tanto Jescheck, considerando “a finalidade somente segundo a vontade do autor”, como Wessels, integrando na sua definição a meta subjetivamente desejada pelo autor, incluem em suas concepções elementos finais e sociais no conceito de ação.

Como destaca Maurach, a exposição de Jescheck sobre o conceito social de ação esclarece, na verdade, a pouca utilidade do conceito de relevância social, na medida em que os argumentos decisivos de Jescheck não são obtidos a partir

da interpretação do conceito de relevância social, mas a partir do conceito de conduta, a qual define como “toda resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida ou, ao menos reconhecível, mediante a realização de uma possibilidade de reação de que dispõe em razão de sua liberdade”. E só posteriormente Jescheck define o conceito de relevância social. Por isso, conclui Maura-ch, fica evidenciado que o conceito de conduta humana não se deduz da relevância social, mas que esta lhe constitui somente um atributo adicional, razão pela qual a relevância social, por si só, é insuficiente para integrar um conteúdo razoável do conceito de ação. Isso justifica, por outro lado, que para definir o conceito social de ação se utilize a estrutura finalista. No entanto, não se pode desconhecer que a teoria social, além de sedimentar o distanciamento do causalismo, possibilita uma correção ao exagerado subjetivismo unilateral do finalismo, que corre o risco de esquecer-se do desvalor do resultado.

#### **3.1.4 Janela de oportunidade – A remissão**

Pela remissão, antes do processo judicial, o Ministério Público poderia resolver a questão. Dessa forma, os adolescentes seriam poupados do constrangimento de serem levados ao juízo por uma questão sem ofensividade social. A simples instauração de um processo judicial já é, por si só, uma penalidade e deve ser evitada nos casos em questão.

Como observa Saraiva (2010, p. 227), o instituto da remissão trouxe agilidade ao sistema de apuração de ato infracional. Constituiu-se em inovação importante, cuja esteira veio a ser trilhada, em relação a determinados delitos praticados por imputáveis, pela LEI 9.099, que consagrou o instituto da transação no sistema penal adulto brasileiro.

Nas palavras de Saraiva:

A remissão faz-se admissível no procedimento do Estatuto em dois momentos: ainda na fase processual (antes do oferecimento da Representação), quando será ofertada pelo Ministério Público (o Estatuto adota a expressão concedida a sugerir a expressão de perdão – remissão simplesmente- e efetivamente será concedida se

nenhuma for composta cumulativamente, como admite o art. 127) e terá como efeito a exclusão do processo de conhecimento (art 126 e 180 , II) ; ou já na fase judicializada, passível de ser aplicada pelo juiz já no momento da sentença, em qualquer etapa do processo (art.188) com exclusão ou suspensão do processo, nesse caso com imposição ao adolescente de alguma medida socioeducativa não privativa de liberdade, Liberdade Assistida ou Prestação de Serviços à comunidade, algo próximo ao probation dos americanos. (SARAIVA: 2010).

Com o que foi exposto acima, e ainda na perspectiva defendida por Saraiva, podemos afirmar que é possível que seja concedida a remissão ao adolescente e que ao mesmo tempo, venha até a se submeter a medida educativa, desde que essa não seja privativa de liberdade. Nesse caso é cabível acumulação de remissão com Advertência, Reparação do Dano, Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida, medidas que podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, desde que não incompatíveis entre si.

O instituto da Remissão tal qual o concebe o Estatuto, encontra sua origem no art. 11 do texto das Regras Mínimas Uniformes das Nações Unidas para a administração da Justiça de Menores, Regras de Beijing.

Conforme Saraiva (2010, p. 227), o conceito remissão constante da tradução para o português foi extraído da versão oficial em espanhol daquele documento, que defini o instituto como remisión. A versão em espanhol poderia ter utilizado o termo “derivación”, mas próximo do inglês “diversion”, mas optou por “remisión”, dando a esta expressão um sentido mais amplo.

Assim como Alexandre Moraes da Rosa defende no texto “Ato infracional, Remissão, advogado e Garantismo”, Saraiva também irá argumentar no mesmo sentido ao dizer:

A remissão concertada perante o Ministério Público, sujeita à homologação pelo Juiz, tem caráter supressivo do processo do conhecimento. Se nesse concerto for proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, faz imprescindível que o adolescente acompanhado de Advogado para assisti-lo, como forma de assegurar o equilíbrio da relação, sob pena de reeditar-se nessa etapa pré-processual práticas nefastas de inquisitivo do tempo do Código de Menores. Não mais como o Juiz de Menores, mas agora como o promotor.

Ainda, acrescenta à citação acima, que a exigência de defensor na audiência prévia com o Ministério Público não esteja expressamente prevista no Estatuto, tal circunstância decorre da aplicação sistêmica das garantias constitucionais assegurados a todos.

Não é possível que se pretenda reviver nesta etapa pré-processual, porém decisiva, onde pode vir concertado cumprimento de uma medida socioeducativa, um novo Juizado de Menores, sem possibilidade de defesa do adolescente em flagrante desvantagem.

Visando à previsão legal expressa da presença de defensor nesta audiência já houve tentativa de aperfeiçoamento do Estatuto no Congresso através do projeto de Lei.

Se não houver essa possibilidade, faz-se imprescindível que o Juiz, antes de homologar a remissão concertada, estando essa com proposta de submissão a medida socioeducativa, ouça defesa técnica do mesmo que tenha que nomear-lhe defensor para este fim específico.

Já a remissão, quando concedida pelo Juiz, no curso do processo de Apuração de Ato Infracional — o que pode ser feito a qualquer tempo, até a sentença, art. 188 — tanto poderá decidir pela extinção do processo, quanto por sua suspensão.

No que pertine à remissão concedida pelo Juiz, mediante a admissão da autoria do fato pelo adolescente, o recomendável é que opte pela remissão suspensiva em caso de imposição de liberdade assistida ou de prestação de serviços à comunidade.

Neste caso, o processo de conhecimento permanece suspenso até o integral cumprimento da medida de meio aberto.

Será de caráter extintivo se remissão simples ou cumulada com advertência.

No que diz respeito à Remissão, faz-se atual a decisão lançada no HC 597054931, a 8ª Câmara Cível do TJRS, em 24.04.1997:

Habeas-corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Remissão com extinção do processo. Aplicação de medida. Impossibilidade. A remissão judicial, perdão que é, como forma de extinção do processo, não comporta aplicação de medida socioeducativa que não se esgote em si mesma. Sendo advertência a única medida com esta característica, só esta tem o condão de ser aplicada na remissão judicial como forma de extinção do processo. As demais medidas cabíveis na exceção legal só podem ser aplicadas com suspensão do processo. Se o magistrado extingue o processo e aplica a medida de prestação de serviços à comunidade, que, por não cumprida, converte em internação, duplo é o constrangimento ilegal sofrido pelo adolescente, reparável pela via de hábeas-cópus”.

Nos Juizados Especiais, onde a transação penal restou consagrada, o tema relativo à obrigação imposta ao réu, visando a efetividade de seu cumprimento, tem produzidos debates, tanto que no VXI encontro Nacional dos Juizados especiais, realizado em Campo Grande-MS, foi alcançada a seguinte conclusão: A transação penal será homologada de imediato e poderá conter cláusula de que, não cumprida, o procedimento penal prosseguirá.

O Estatuto, ao tratar da remissão concertada perante o Ministério Público, na fase pré-processual, determina a suspensão do processo de conhecimento, quando homologa a remissão pelo Juiz.

O descumprimento da medida composta, não obstante o disposto no art. 128, por certo não poderá resultar em privação de liberdade, que reclama ampla dilação probatória (art.127).

### **3.1.5 Juiz da Infância e da Juventude. Homologação. Não Homologação.**

Prevê o Estatuto, em seu art. 181, a necessidade da homologação pelo Juiz da Infância e da Juventude pelo pedido de arquivamento ou remissão.

Entendendo a Autoridade Judiciária pela homologação do arquivamento ou da remissão, determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida (art.181).

Não concordando a Autoridade Judiciária com a proposição do representante do Ministério Público, se posicionará, através de despacho fundamentado, e remeterá os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, entendendo de não homologar a remissão concertada perante o Ministério Público.

### **3.1.6 Homologação da remissão e alteração da medida proposta**

Outra hipótese poderá ser o da homologação da remissão, com substituição de eventual medida socioeducativa que venha a ser proposta em sede de remissão. Não se trata, neste caso da situação prevista pelo parágrafo 2 do art. 181 do Estatuto, posto que tal dispositivo estabelece procedimento para caso de não homologação da remissão concedida pelo Ministério Público.

Nessa hipótese em comento, a remissão é homologada, entretanto há substituição da medida socioeducativa aplicada por força da remissão, a qualquer tempo, mediante pedido do adolescente, seu representante legal ou do Ministério Público.

O art. 128 do Estatuto admite a revisão da medida socioeducativa aplicada por força da remissão, a qualquer tempo, mediante pedido do adolescente, seu representante legal do Ministério Público.

Em razão das circunstâncias do caso concreto, e atento à manifestação da Defesa, do próprio adolescente ou mesmo do Ministério Público, poderá o Juiz entender por bem aplicar medida socioeducativa diversa daquela inicialmente proposta pelo Ministério Público quando do oferecimento da proposta da remissão à homologação judicial. De regra medida menos gravosa (advertência ao invés de prestação de serviços à comunidade, vg).

Afinal, é somente o Juízo o ente competente à aplicação de medida socioeducativa em razão da prática de ato infracional, nos termos da Súmula nº 108 do STJ. Nesse sentido há diversos arestos jurisprudenciais.

### **3.1.7 A justa causa para oferecimento de representação.**

A conduta do adolescente descrita na Representação, para ensejar a instauração do Processo de Apuração e Ato Infracional há de ser típica, sob pena de faltar a justa causa para a instalação do processo.

Enquanto sistema de justiça, enquanto modelo de responsabilização penal juvenil, faz-se evidente aplicabilidade do princípio da bagatela aos atos infracionais, desfazendo a tipicidade da conduta.

Tal se extrai da análise do conjunto do sistema de garantias, cumprindo relembrar o que consta nas Diretrizes de Riad (diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil), documento do qual o Brasil é signatário, e que se revela em um conjunto de princípios e garantias das quais o operador do sistema não pode ignorar. Sobre a temática ora abordada, este diploma contém um dispositivo de total relevância:

Com o objetivo de impedir que se prossiga à esquematização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por adulto, também não seja, não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando cometido por um jovem.

No mesmo tom há o disposto nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude. Regras de Beijing:

As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também aqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos.

Cumprido reafirmar que a aplicação de medida advém de uma vinculação insuperável: tipicidade, ilicitude e culpabilidade conduzem a aplicação da medida nas hipóteses de haver um desses quesitos, ou todos, não haverá qualquer medida, seja restritivo de direito, seja privativa de liberdade.

Nem todos os desvios morais requerem interferência do Estado através do Direito Penal.

### **3.2 A razão que fulmina o processo – tipicidade conglobante**

A conduta do adolescente descrita na representação para ensejar a instauração do processo de apuração e ato infracional há de ser típica, sob pena de falecer a justa causa para a instalação do processo.

Enquanto sistema de justiça, enquanto modelo de responsabilização penal juvenil, faz-se evidente aplicabilidade do princípio da bagatela aos atos infracionais, desfazendo a tipicidade da conduta.

Conforme a teoria da tipicidade conglobante, o fato típico pressupõe que a conduta esteja proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, globalmente considerado. Assim, quando algum ramo do direito, civil, trabalhista, administrativo, processual ou qualquer outro, permitir o comportamento, o fato será considerado atípico.

O direito é um só e deve ser considerado como um todo, um bloco monolítico, não importando sua esfera (a ordem é conglobante). Seria contraditório permitir a prática de uma conduta por considerá-la lícita e, ao mesmo tempo, descrevê-la em um tipo como crime. Como por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente definir como criança o menor de 12 anos e presumir a violência no caso de sexo com menos de 14 anos. Ora, se o adolescente de 13 anos é capaz de compreender uma medida socioeducativa, se é capaz de escolher com qual dos pais quer morar, se é capaz de viajar sozinho, também é capaz de namorar, trocar carícias, se beijarem sem correrem o risco de estuprar ninguém.

O direito não pode dizer: “pratique boxe, mas os socos que você der estão definidos como crime”. Com isso, o exercício regular do direito deixa de ser causa de exclusão da ilicitude para transformar-se em excludente de tipicidade, pois, se o fato é um direito, não pode estar descrito como infração penal. Se eu tenho o direito de cortar os galhos da árvore do vizinho que invadem meu quintal, de usar o desforço



imediatamente para a defesa da propriedade, se o médico tem o direito de cortar o paciente para fazer a operação, como tais condutas podem estar ao mesmo tempo definidas como crime? Do mesmo modo, o estrito cumprimento do dever legal exclui a tipicidade, pois o que é um dever imposto por lei não pode ser crime definido por essa mesma lei (ordenamento é um só).

Somente no caso da legítima defesa e do estado de necessidade é que não se pode falar em exclusão da tipicidade, mas da ilicitude, uma vez que nessas duas hipóteses o fato não é prévia e expressamente autorizado, dependendo da análise das peculiaridades do caso concreto. Para a tipicidade conglobante, a conduta expressa e previamente consagrada como um direito ou um dever será sempre atípica, pouco importando a subsunção formal.

Assim, tal teoria parte da correta premissa de que todo fato típico é antinormativo, uma vez que, embora o agente atue de acordo com o que está descrito no tipo (quem mata alguém realiza exatamente a descrição típica “matar alguém”), acaba contrariando a norma, ou seja, o conteúdo do tipo legal (no caso do homicídio, a norma é “não matar”).

Norma é todo mandamento de conduta normal, contrariando-a todo aquele que age de maneira anormal. Em nossa sociedade, é anormal matar, furtar, roubar, sequestrar, estuprar e assim por diante. Justamente por essa razão é que a lei descreveu tais condutas como delitos. A violação da norma é, portanto, o próprio conteúdo da conduta típica.

A tipicidade, portanto, exige para a ocorrência do fato típico (a) a correspondência formal entre o que está escrito no tipo e o que foi praticado pelo agente no caso concreto (tipicidade legal ou formal) + (b) que a conduta seja anormal, ou seja, violadora da norma, entendida esta como o ordenamento jurídico como um todo, ou seja, o civil, o administrativo, o trabalhista etc. (tipicidade conglobante).

A tipicidade legal consiste apenas no enquadramento formal da conduta no tipo, o que é insuficiente para a existência do fato típico. A conglobante exige que a conduta seja anormal perante o ordenamento como um todo. Em suma: tipicidade

penal = tipicidade legal (correspondência formal) + tipicidade conglobada (anormalidade da conduta).

O nome conglobante decorre da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral (conglobado) e não apenas ao ordenamento penal. Os principais defensores desta teoria, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (2011), exemplificam: suponhamos que somos juízes e que é levada a nosso conhecimento a conduta de uma pessoa que, na qualidade de oficial de justiça, recebeu uma ordem, emanada por juiz competente, de penhora e sequestro de um quadro de propriedade de um devedor... e, com todas as formalidades requeridas, efetivamente sequestra a obra, colocando-a à disposição do Juízo. O mais elementar senso comum indica que esta conduta não pode ter qualquer relevância penal, que de modo algum pode ser delito, mas por quê? Receberemos a resposta de que esta conduta enquadra-se nas previsões do art. 23, III, do CP... Para boa parte da doutrina, o oficial teria atuado ao amparo de uma causa de justificação, isto é, faltaria a antijuridicidade da conduta, mas que ela seria típica.

Tanto o ordenamento jurídico como a sociedade dá ao adolescente a liberdade para se relacionar amorosamente com outro adolescente, o direito penal, que fixou a idade de consentimento para o ato sexual em 1940, não pode, contrariamente a tudo que o rodeia, taxar a conduta como criminosa. Se há consentimento, não há tipicidade. O adolescente, maior de 12 anos, é capaz de consentir validamente, assim nos informa a globalidade das normas jurídicas nacionais, com a exceção do arcaico código penal.

### **3.3 Requisitos e pressupostos para a aplicação da exceção no Brasil**

#### **3.3.1 Conceito de Exceção**

A análise etimológica do vocábulo 'exceção' demonstra sua derivação do latim 'exceptio' que, em amplo sentido, significa o direito do acusado de se defender. Em

sentido estrito, Fernando Capez (2005, p. 346) conceitua exceção "como o meio pelo qual o acusado busca a extinção do processo sem o conhecimento do mérito". Entretanto, há de se estender a legitimidade ao Ministério Público e ao querelante que, em certos casos, como se verá adiante, poderão se valer de determinadas exceções. Portanto, "de maneira geral, a arguição das exceções constitui incidente processual próprio da defesa, mas é possível que também o autor possa opô-la". (MIRABETE, 2001, p. 207).

A exceção ora estudada tem um aspecto peculiar, por se tratar de casos de atos infracionais, existe a possibilidade de o processo judicial ser fulminado antes mesmo do seu início, por meio do instituto da remissão, sendo esta hipótese a recomendada.

### **3.3.2 Conceito de crime**

A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei n. 3.914/41) faz a seguinte definição de crime: "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente". Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científico-doutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável. Ao contrário dos Códigos Penais de 1830 (art. 2º, § 1º) e 1890 (art. 7º), o atual Código Penal (1940, com a Reforma Penal de 1984) não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional.

Além dos conhecidos conceitos formal (crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena) e material (crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), existe ainda o conceito analítico. Usaremos a definição de Eugênio

Raul Zaffaroni, qual seja: O tipo objetivo decompõe-se em tipo objetivo sistemático (requisitos formais) e tipo objetivo conglobante (que cuida da conflitividade da conduta assim como a sua atribuição ou imputação ao agente).

### **3.3.3 Requisitos objetivos**

A existência de relação sexual ou qualquer outro ato libidinoso envolvendo ao menos um sujeito com idade inferior a 14 anos.

O ato deve ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, ou seja, a relação deve ter acontecido com consentimento livre.

### **3.3.4 Requisitos Subjetivos**

Capacidade de consentimento, avaliada no caso concreto de acordo com o desenvolvimento psíquico de cada sujeito envolvido. Se ambos não tiverem capacidade de consentimento não haverá crime por falta do elemento subjetivo doloso, pois ambos não terão a noção do ato que praticam.

### **3.3.5 Exemplo de aplicação no Brasil**

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestou sobre situação relativa ao tema analisado neste trabalho. Neste julgado, foi decidido que um adolescente que manteve relação sexual com sua namorada, também adolescente, não pode ser responsabilizado por ato infracional.

Este caso trata-se de apelação civil interposta pelo Ministério Público, contra a sentença proferida nos autos da ação de apuração de ato infracional contra JULIO CESAR R. que julgou improcedente a representação pela prática do disposto

no artigo 217-A( várias vezes), na forma do artigo 71, caput, ambos do Código Penal.

O apelante alegou que foi comprovada a autoria e a materialidade do ato infracional. Além de que teria a magistrada a quo se pautado na análise da existência ou inexistência de coação, ignorando a violência presumida. Alega ter restado comprovada a existência de relacionamento de cunho sexual. Sustentou que ficou demonstrado que o adolescente tinha conhecimento da idade da vítima, chamando atenção do número de vezes que ocorreram as relações sexuais. Afirma tratar-se de violência presumida, em caráter absoluto. Por isso interpôs recurso com a finalidade de ver reformada a sentença.

Após o recebimento do recurso, foram ofertadas as contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso, alegando que a sentença observou o real relacionamento mantido entre as partes, e também sobre o namoro dos jovens com o consentimento dos pais e que adolescente tinha consciência do que fazia, porquanto ingeria pílulas anticoncepcionais e requisitava uso de camisinhas.

O relator, Desembargador Dr. Roberto Carvalho Fraga, opinou pelo desprovimento do recurso postulando a mudança da decisão que julgou improcedente a representação por prática do artigo 217-A, na forma do artigo 71, caput, ambos do Código Penal. Como razão da sua decisão, adotou parecer da Procuradora de Justiça, Maria Regina Fay Azambuja:

O caso dos autos retrata a realidade que está presente na vida de muitos dos nossos jovens que, precocemente, iniciam a vida sexual, muitas vezes com o incentivo e consentimento dos pais.

Insta salientar, inicialmente, que os adolescentes contavam, à época dos fatos, com treze anos e quatro meses e dezesseis anos e dois meses, respectivamente (nascidos em 10/10/1996 – fl. 10 – e 07/12/1993 – fl. 36), verificando-se a igualdade das condições de maturidade entre eles, que possuem apenas 03 (três) anos de diferença. De outro lado, fica afastada qualquer espécie de coação ou abuso, exercido pelo representado, em função de sua idade, sobre a nominada vítima.

Conforme dão conta os depoimentos das testemunhas, o relacionamento mantido entre os adolescentes era notório a todos, contando, inclusive, com o apoio dos genitores. Nesse sentido,

a testemunha IRACI afirma que os jovens namoravam e que os pais sabiam (fls. 86v./87).

A testemunha ROGÉRIO, por sua vez, refere que “ele ia na casa dela, até quando nós ia jogar bola ela ligava direto pra ele, as vezes largava nós do futebol, que ele tava jogando com nós e ia lá na casa dela, que ela chamava ele lá”. Destaca que o relacionamento era público, contando, inclusive, com o apoio dos pais (fls. 87v.88v.).

No mesmo sentido, KÁTIA declara que o casal voltava abraçado do colégio. Afirma ser notório o relacionamento havido entre os jovens, pois “quando eles passavam, eles passavam sempre juntos, sempre namorando, que dava pra ver”. Salienta o consentimento dos pais da Apelante com esse namoro, referindo que “quando eles namoravam era com o consentimento do pai e da mãe dela também, porque eles saíam juntos, todos eles, tanto ele como os pais dela, tudo junto, eles sempre saíram juntos”. Assevera que a mãe de Halana costumava deixá-la sozinha em casa (fls. 89/89v.).

Por oportuno, resta salientar que a família da menina, além de consentir – o que se extrai dos depoimentos – incentivava o relacionamento, porquanto levou o adolescente, ora apelado, à praia consigo “pra que ele se soltasse mais e ficasse mais amigo nosso” (fl. 115v.).

In casu, o adolescente, ora Apelado, em plena vigência de uma relação de namoro com Halana, fato que era de conhecimento dos pais de ambos (fls. 09, 48 v. e 85), manteve com ela relações sexuais, por aproximadamente 8 meses (fl. 30 v. e 47 v.). No decorrer do relacionamento afetivo, os fatos tomaram rumo diferente, passando os pais, em especial a mãe de Halana, a não mais concordar com o namoro, levando os adolescentes a se encontrarem, por um tempo, às escondidas dos genitores da menina. Halana, diante da reprovação da mãe com relação ao namoro, em 27/02/2010, foge para a casa do Apelado (fls. 12/13), fato que levou a genitora a registrar, em 01/03/2010, ocorrência policial (fl. 04), além de ter comunicado o fato ao Conselho Tutelar em 27/03/2010 (fl.12).

No desenrolar do processo, Halana, seguindo a versão da mãe, afirma, sem provar, que as relações sexuais que manteve com Julio foram forçadas, recebendo ameaças caso revelasse os fatos a terceiros. A matéria, neste aspecto, vem bem analisada pela douta Magistrada a quo por ocasião da resp. sentença:

“Ora, lendo o conteúdo das cartas, se percebe claramente que uma pessoa que estaria sobre ameaça não escreveria algo tão natural como o que encontra-se escrito nos documentos”.

Em que pese a versão trazida por Halana, as provas vindas aos autos conduzem a outro entendimento, como se vê, por exemplo, dos bilhetes de fls. 59/75, visivelmente íntimos, naturais, espontâneos, despreocupados e sexualmente apelativos. Nesse contexto, os depoimentos da vítima mostram-se confu-

sos e não restam amparados pelo conjunto probatório carreado ao feito.

Por outro lado, os depoimentos do Apelado, mostram-se seguros e coerentes, encontrando respaldo nas provas apresentadas durante o procedimento de investigação do ato infracional. Na fase policial, admite ter mantido relações sexuais com a Apelante. Assegura não ter forçado ou ameaçado Halana, referindo que ela pediu que fosse até sua casa, levando preservativos (fl. 17). Perante o Ministério Público, reitera a versão apresentada para autoridade policial, onde sustenta não saber que era proibido manter relação sexual com pessoa menor de 14 anos (fls. 30/31). Em juízo, novamente, reitera as informações anteriores, declarando que manteve um namoro com Halana, sendo que, os pais da jovem sabiam e, inicialmente, consentiam com o relacionamento (fls. 47/48).

O ato infracional ora em apreço corresponde ao tipo penal denominado de estupro de vulnerável. Anteriormente, configurava-se o art. 224 do Código Penal, que presumia violência nesse caso específico. Durante muitos anos, a presunção de violência foi tema de debate doutrinário e jurisprudencial, sem, todavia, chegar-se a um consenso. Ocorre que, em agosto de 2009, com a mudança legislativa que atingiu os crimes contra a dignidade sexual, o tipo penal passou a ser descrito no art. 217-A do Código Penal, que assim dispõe:

“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”.

O novo tipo penal, em que pese o curto tempo de vigência, tem despertado o debate no âmbito da doutrina. Para Guilherme Nucci:

“A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável”.

João Batista Saraiva, por sua vez, reflete:

“(...) vítima e acusado estão, muitas vezes, em situação de proximidade de grau de desenvolvimento físico, psíquico e emocional, a reclamar dos operadores do sistema de justiça uma ainda maior habilidade na condução desse processo que visa a apurar o fato.

“(...)”

“Se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os doze anos de idade; permite que viaje desacompanhado por todo território nacional, autoriza sua privação de liberdade na hipótese de autoria de um delito, além de diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e sua palavra considerada; exagera a norma a fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a ‘Exceção de Romeu e Julieta’.

“Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do art. 217 exagera em face da realidade do País e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade”.

A tese de que a partir da mudança do tipo penal, não é mais possível flexibilizar, como outrora se fazia, mostra-se descabida quando e somente quando estivermos diante de dois adolescentes que mantêm relação de namoro com a concordância dos pais, como é o caso dos autos.

Nessa linha – em que pese a materialidade das relações sexuais entre o Apelado e a jovem Halana ter restado devidamente comprovada pelo auto de exame de corpo de delito (fl. 22) e por toda a prova carreada aos autos, sendo, inclusive, admitida pelo representado (fl. 17, 30v. e 47/47v.) – entende-se que o adolescente, ora Apelado, não pode ser responsabilizado pelo ato infracional em análise, pois manteve relação sexual com adolescente que contava com 13 anos, com o consentimento da jovem e de sua família, na vigência de uma relação de namoro.

Diante dos fatos apresentados, observa-se claramente uma tentativa de vingança por parte da adolescente Halana, e de seus pais, voltada contra aquele que foi seu namorado, porquanto as declarações se modificam e se agravam durante a instrução. Não pode o Poder Judiciário referendar ações baseadas em sentimentos de vingança, em especial, porque, durante o tempo em que a mãe aceitou o namoro, não buscou o registro policial, o que só fez quando seus interesses mudaram de rumo. Não se pode esquecer que se tratava indiscutivelmente de um relacionamento afetivo entre dois adolescentes e não entre uma menina com 13 anos e um imputável, o que mudaria totalmente os critérios éticos da avaliação. Nesse sentido, destacou a douta Magistrada a quo por ocasião da sentença:

“Em que pese a acusação da vítima quando do registro de ocorrência e de seu depoimento em juízo, este não parece verdadeiro, pois foi confirmado por ambas as partes que os mesmos eram namorados, inclusive tendo viajado juntos com o acompanhamento dos pais da vítima”.

São estas particularidades, mencionadas na resp. sentença, que nos levam a invocar decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ainda que referente a fato anterior à Lei nº 12015/2009:

“O consentimento da vítima, menor com quase 14 anos de idade, com a conjunção carnal pode, conforme sejam as características do caso, relativizar a presunção de violência elencada pelo legislador”.

Para afastar qualquer dúvida de interpretação, afirma-se que o fato de sustentarmos o desprovimento do recurso, não está a significar que endossamos a tese de que, aos 13 anos, a adolescente apresenta maturidade física e emocional para a atividade sexual. Pelo contrário, o tema está a requerer a análise



de inúmeros aspectos que, em sua maioria, fogem à seara do Direito, exigindo conhecimento da área da saúde.

No entanto, considerando os elementos trazidos aos autos, in casu, salvo melhor juízo, não há como adotar os termos da manifestação ministerial, expostos na peça recursal, sob pena de nos afastarmos da solução que nos parece mais justa e eficaz.

Reconhece-se, de outra banda, a necessidade de aplicar à adolescente Halana a medida protetiva consistente em **avaliação e tratamento psicológico/psiquiátrico**, em face dos fatos relatados nos autos, inclusive as dificuldades de relacionamento com sua genitora, o que vem demonstrado nos bilhetes que enviava ao representado, onde se lê: “Tu acredita q o meu tio ta aqui e a minha mãe mando ele olha o meu pescoso e pediu se parecia um chupão” (fl.62), “Eu não falei nada para o conselho é a minha mãe que está falando no meu lugar” (fl. 63), “tomara q ele não fale pra minha mãe se não a minha mãe vai te um piti e vai morre” (fl.67); “ (...) abacha o volume se não a minha mãe vai te um piti” (fl.69).

Recomenda-se, igualmente, o **encaminhamento do representado** à avaliação e eventual **tratamento psicológico/psiquiátrico**, nos termos do artigo 101, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mostra-se correta, portanto, a resp. sentença recorrida, que julgou improcedente a representação, pela prática da infração descrita no artigo 217-A, caput, do Código Penal.

**ANTE O EXPOSTO**, o parecer do Ministério Público de segundo grau é pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se a resp. sentença de fls. 107/108, com a recomendação acima exposta.

O relator destaca que, não obstante, levando-se em conta os fatos relatados pela adolescente Halana, que informa nos bilhetes que a sua mãe falava por ela ao Conselho Tutelar e também que os jovens foram namorados, não é possível decidir em situações de vingança, em especial porque durante o tempo de namoro a mãe da adolescente tinha plena ciência do relacionamento. O demais desembargadores acompanharam o voto do relator, sendo negado provimento ao recurso de forma unânime. (Apelação Cível nº 70041527367)

### **3.3.6 Resultado da aplicação da exceção**

Na lição de Martha de Toledo Machado (2008, p. 257), levando em conta o bem jurídico protegido pela norma, estando os dois protagonistas no mesmo momento de desenvolvimento físico-psíquico, não haverá tipicidade material (teoria da tipicidade conglobante) e por consequência não haveria ato infracional.

A referida autora, no livro *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e dos Direitos Humanos*, quando discorre sobre a possibilidade de punição a adolescentes com menos de 14 anos que praticam o ato sexual consentido, diz que o sancionamento em tais casos pode ser excluído, quiçá com mais elegância ou rigor jurídico, por outras vias que não a exclusão da culpabilidade, pela inexigibilidade de conduta diversa. No sentir da autora, no caso de relacionamento sexual entre dois jovens de treze anos não há tipicidade, porque não há ofensa ao bem jurídico tutelado: o grau de "capacidade" de entender e querer o ato sexual é o mesmo, ou muito semelhante, entre as duas pessoas envolvidas no evento. Não há ofensa à "liberdade sexual" de nenhuma delas.

## **Conclusão**

Comparar o sistema jurídico brasileiro com o norte-americano exige prudência, pois a construção do sistema legal de um determinado país tem íntima ligação com os valores sociais do povo.

O povo norte-americano é extremamente puritano, ao ponto de proibir qualquer relação sexual consentida antes dos 18 anos em alguns estados.

A sexualidade no nosso país é tratada de outra forma. O carnaval, o funk, os trajes de banho mais ousados, as propagandas televisivas com apelo sexual são características do Brasil.

A despeito das diferenças culturais, o ordenamento jurídico estadunidense está percebendo que rotular um adolescente como criminoso sexual pode trazer consequências danosas irreversíveis para o infante e para a sua família. A exceção de Romeu e Julieta foi a solução encontrada para atenuar esses danos quando não houve sexo consentido entre os envolvidos.

O sistema legal brasileiro é rico em possibilidades para desclassificar a conduta dos adolescentes envolvidos em um ato sexual consentido. A exclusão da tipicidade material talvez seja a mais indicada, pois pode evitar o nascimento de um processo judicial que por si só é uma chaga para o processado. Para teoria social da ação sequer haveria conduta, posto que o direito penal não se ocupa de fatos socialmente tolerados.

O trabalho demonstra que, embora seja possível a aplicação do instituto norte-americano, a positivação de uma Exceção de Romeu e Julieta no Brasil seria útil, pois evitaria a dependência da boa vontade dos operadores do direito para atestar a falta de materialidade ou irrelevância social da conduta.

## Referências

- BELOFF, Mary. Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Buenos Aires: Editorial Temis – Depalma, 1998.
- BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto 3689/41. Código de Processo Penal.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2848/40. Código Penal.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.914/41. Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro.
- BRASIL. Lei 8069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Volume I - Parte Geral - 15ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2011.
- FABRINI MIRABETE, Júlio . Manual de Direito Penal. São Paulo/SP: Ed. Atlas, 2001.
- KENJI ISHIDA, Válter. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo/SP: Atlas, 2010.
- LOPES JR., Aury. <https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/373384526081877>. Acesso em 15/05/2014.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. Texto: Ato Infracional, Remissão, Advogado e Garantismo.
- ONU. Declaração dos direitos da criança - Resolução ONU, 20 de novembro de 1959.
- ONU. Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil – Diretrizes de Riad - 1º de março de 1988 – RIAD.
- ONU. Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing.
- SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2010.

SITE: <http://www.flsenate.gov/PublishedContent/Session/2012/InterimReports/2012-214cj.pdf>. Acesso em 05/05/2014.

SOUZA NUCCI, Guilherme de. Manual de direito penal. São Paulo/SP: RT, 2011.

STF, HC 73.662/MG, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, julgado em 21-5-2005.

STJ, REsp 637361/SC, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 01/06/2010.

STJ, REsp 970.127-SP, Rel. originária Min, Laurita Vaz, Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp, julgado em 07/04/2011.

TJMG, Apelação Criminal 1.0720.02.005495-6/001, Relator Judimar Biber em 12/04/2007.

TJRS, HC 597054931, 8ª Câmara Cível, em 24.04.1997.

TJRS, Apelação Criminal 70041527367, Rel Des. André Luiz Planella Villarinho, julgado em 19/10/2011.

TOLEDO MACHADO, Martha de. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e Os Direitos Humanos. Barueri/SP: Manole, 2003.

Venosa, Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo/SP: Atlas, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIARANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral. 5º edição. São Paulo: RT, 2004.